فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹۶، ۵۰-۳۱

پژوهشی پیرامون شرط خیار به موجب استیمار*

دکتر محمدعلی خورسندیان[۱]
دانشیار دانشگاه شیراز
Email: khorsand@shirazu.ac.ir
دکتر مجید سربازیان
استادیار دانشگاه شیراز
Email: sarbazian@shirazu.ac.ir
سجاد برزگری
دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز
Email: barzegarisajad@yahoo.com

چکیده

شرط مؤامره نوعی خیار شرط است؛ بدین گونه که شرط می‌شود در مدتی معین با ثالث مشورت شود و چنانچه وی نظر به فسخ داد مشروط‌له بتواند عقد را فسخ کند. قانون مدنی جعل خیار برای ثالث را پیش‌بینی کرده اما درباره شرط مؤامره ساکت است. این تحقیق با روش تحلیلی به دنبال مستند سازی این نوع از خیار و روشن کردن ماهیت و آثار آن است. مطالعه انجام شده نشان می‌دهد که این شرط ضمن عقد از نوع شرط نتیجه است و به صرف اشتراط برای مشروط له حق فسخ به‌بار می‌آورد؛ لیکن اعمال این حق مشروط به این است که با ثالث مشورت شود. این شرط مفید نوعی تحکیم و تابع قواعد عمومی شرط است. تعیین مدت نیز در آن لازم است. مشاور باید اهلیت داشته باشد اما معلوم بودن و قبول وی شرط نیست. مشاور امین، ملزم به رعایت مصلحت و مستحق اجرت است و این شرط قابلیت انتقال دارد.

کلیدواژه‌ها: شرط مؤامره، استیمار، خیار شرط، تعهد برای ثالث، فسخ عقد

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۲/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۵/۱۱/۱۸.

DOI: 10.22067/jfu.v49i4.45064

۱ .نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از مراحل مهم تکوین هر پیمان مذاکرات پیش از عقد است. در ایـن مرحلـه طـرفین بـه بررسـی کارشناسی و سنجش سود و زیان خود می‌پردازند و مصلحت خود را در انعقـاد پیمـان و شـرایط ضـمن آن تعیین می‌کنند. اما گاه این کار نیازمند زمانی طولانی و فرصتی برای یافتن کسانی است که بتواننـد بـه آنـان یاری رسانند. از سوی دیگر، گاه تأخیر موجب از دست دادن فرصتی مهم یا کندی گردش اقتصادی خواهـد شد. فقه اسلامی از دیرباز در بخش خیار شرط برای چنین وضعیتی پیش‌بینی کرده است که طـرفین بتواننـد پیمان خود را با شرطی به نام شرط مؤامره منعقد نماینـد و سـپس بـه مشـورت بپردازنـد و اگـر پیمـان را بـه مصلحت خود تشخیص دادند آن را ابرام نموده و گرنه با فسخ عقد، خود را از بار پیمان نسـنجیده برهاننـد. همچنین این کار می‌تواند موارد پیمان‌شکنی را کاسته و مرافعات قضـایی را کمتـر نمایـد. هرچنـد مـدونین قانون مدنی نتوانسته‌اند با ذکر این شرط راه‌های استفاده از آن را در روابط معاملاتی شهروندان نشان دهنـد، اما پژوهش حاضر نشان خواهد داد چگونه می‌توان از این شرط در پیمان‌ها بهره جست و چه آثاری بر ایـن شرط مترتب است. این پژوهش نخست به تعریف این شرط و سپس به بیان ماهیـت آن خواهـد پرداخـت. بعد شرایط صحت آن بررسی می‌گردد و پس از آن نحوه فسخ ذکر می‌شـود و در واپسـین بخـش بـه انتقـال قهری شرط و عزل مشاور و اجرت وی و ضمانات حاصل از عمل وی می‌پردازد:

بیان مفهوم: مؤامره مصدر باب مفاعله از ماده امر است. معنـای لغـوی آن مشـورت کـردن، رأی زدن، تحقیق و مطالعه است (معین، ٢٦٤). در اصطلاح حقوقی خیار مؤامره خیار مشاوره مشتری است با ثالـث (جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق، ۸۵). از شرط مؤامره با تعابیری مختلف سخن بـه میـان آمده است، از جمله: بیع المؤامره (موسسه دائره‌المعارف فقه فارسـی، ۲/ ۲۰۱) و خیـار اسـتیمار (نجفـی، جواهر الکلام، ۳۵/۲۳). به شخص ثالث طرف مشورت نیز مستأمر یا مستشیر می‌گوییم. در اصطلاح فقها چنین استعمال شده که شرط شود متعاقدین یا یکی از آن‌ها در معامله با شخصی دیگر مشورت کنـد؛ پـس می‌گوید این متاع را من می‌خرم مشروط به اینکه بعد از خریدن از فلانی (ثالث) صلاحدید می‌طلبم و اگـر مصلحت دید امضا و در غیر این صورت معامله را به هم می‌زنم (شـهید ثـانی، الروضـه البهیـه، ۳/ ٤٥٢؛ عاملی، الزبده الفقهیه، ٤/ ٥٨٥؛ بحرانی، ۱۱/ ۳۹).

جـواز: شـرط مـؤامره بـه عنـوان یکـی از اقسـام خیـار شـرط (نجفـی، جـواهر الکـلام، ۲۳/ ۳۵؛ هاشمی‌شاهرودی، معجم فقه الجواهر، ۵۰۵) با توجه به عموم ادله جواز شرط (انصـاری، المکاسـب، ۵/ ۱۲۵؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۳/ ۳۵) جایز است. در تقسیم‌بندی شروط ضمن عقد، شرط مـؤامره از نـوع شرط نتیجه به حساب می‌آید (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران، ٤٢٣) چراکه

حق خیار که نتیجه شرط مؤامره است به صرف شرط حاصل می‌شود. از نظر حقوقی ماده ۳۹۹ ق.م. -که به نظر می‌رسد ترجمه‌ای از یک عبارت فقهی است (مفتاح الکرامه، ۱۰/ ۹٦٦)- تنها جعل خیار را برای طرفین و ثالث پذیرفته است و اشاره‌ای به شرط مؤامره ننموده است. اما باید گفت این ماده مفید حصر نیست زیرا این شرط در زمره خیار شرط که در ماده ۳٦٦ ذکر شده قرار می‌گیرد شاهد بر این مطلب آن است که یکی از اقسام خیار شرط یعنی بیع شرط نیز در جای دیگزی از قانون یعنی ماده ٤٥٨ ذکر شده است.

قلمرو: شرط مؤامره ویژه بیع نیست و مانند خیار شرط می‌تواند در همه معاملات لازم جریان داشته باشد. اما همچون خیار شرط در نکاح، وقف (طوسی، المبسوط، ۲/ ۸۱)، ضمان یا ایقاعات (نجفی، پیشین، ۹٤؛ بهمن‌پوری و دیگران، ۲۳۰) جاری نیست.

از آنجا که مجرای شرط خیار به صورت کلی عقود لازم است و بیشتر فقیهان جریان خیار را در عقود جایز نپذیرفته‌اند (نجفی، پیشین، ۳٦، شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳/ ۳۱۱) شرط مؤامره نیز به عنوان یکی از اقسام شرط خیار در عقود لازم جریان پیدا می‌کند. البته در فقه گاه تعبیر کرده‌اند که خیار شرط، عقد لازم را جایز می‌گرداند (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥۲)؛ اما درست آن است که شرط تأثیری بر لزوم عقد ندارد.

ماهیت اشتراط مؤامره

شرط مؤامره از سویی حقی برای مشروط له ایجاد می‌کند تا بتواند با تحقق شرط عقد را فسخ کند و از سویی به مشاور حق امر به فسخ یا امضا می‌دهد. واگذاری حق به ثالث از لحاظ ماهیت در عنوان تفویض جای می‌گیرد. تفویض اقسام مختلفی دارد از جمله: توکیل، (ابن‌حمزه، ۲۸۲؛ خویی، مصباح الفقاهه، ٦/ ۷۳؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/ ۳۷) تحکیم، انتقال و نصب. مؤامره از نظر توکیل یا تحکیم بودن چنین بررسی می‌شود:

نحوه دخالت ثالث در جریان شرط مؤامره و خیار حاصل از آن، نوعی واگذاری است اما در نوع و ماهیت این عمل، سخنی به صراحت دیده نمی‌شود. با این وجود در بحث مشابه جعل خیار برای ثالث اظهار نظر شده و اختلاف وجود دارد: عده‌ای آن را تفویض (نائینی، ۲/ ٤۲)، عده‌ای وکالت (ابن‌قدامه، ۳/ ۵۰۰) و عده‌ای تحکیم (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٤) دانسته‌اند. برخی هم از تملیک سخن رانده‌اند اما مقصود از تملیک ایجاد حق برای ثالث است نه معنی اصطلاحی آن (امام خمینی، کتاب البیع، ٤/ ۲۹۷). در آنجا علت این اختلاف آن است که ثالث به طور مستقل اقدام به فسخ یا امضا عقد می‌کند.

به هر روی نظر چیره تحکیم دانستن این عمل است (انصاری، المکاسب، ٥/ ١٢٣؛ نجفی، پیشین، ٢٣/ ٣٤؛ طباطبایی، ریاض‌المسائل، ١/ ٥٢٥). در حقوق هم جعل خیار برای اجنبی را که در ماده ٣٩٩ آمده تحکیم می‌دانند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ٥/ ١١٧؛ امامی، حقوق مدنی، ١/ ٢٣٥) اما در مورد شرط مؤامره چنین اختلافی وجود ندارد. چراکه در این جا تنها شرط می‌شود که با ثالث مشورت شود و ثالث حق فسخ ندارد. این مشروط‌له است که پس از نظر ثالث به حیات عقد پایان می‌دهد. ذکر شد که مشهور جعل خیار برای ثالث را تحکیم می‌دانند. در آنجا برخی چنین استدلال کرده‌اند که چون هیچ نفعی از فسخ یا امضاء عقد نصیب ثالث نمی‌شود، بنا بر این ثالث تنها داور طرفین در انتخاب فسخ یا امضاء به حساب می‌آید (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ٥/ ١٥٦). با این حال این تردید می‌توانست طرح گردد که چون در این فرض برای ثالث حق مستقل خیار به وجود می‌آید لذا ممکن است نوعی توکیل باشد نه تحکیم. اما در مقابل، در شرط مؤامره این تردید قابل طرح نیست چون حق فسخ برای ثالث جعل نمی‌شود و نماینده طرفین در فسخ و امضاء محسوب نمی‌شود و لذا می‌توان قائل به تحکیم و داور قرار دادن ثالث شد.

ممکن است اشکال شود که هدف از تحکیم پایان دادن به اختلاف و منازعه است تا از رفتن پرونده به مراحل دادرسی جلوگیری شود از این رو دخالت داور باید به گونه‌ای باشد که رأی او برای طرفین لازم باشد؛ بنابراین شاید نتوان به سادگی دخالت را تحکیم دانست زیرا در استیمار نظر ثالث در خصوص فسخ یا امضا بر مشروط‌له لازم نمی‌شود. اما باید گفت به هر روی این اعلام نظر ثالث چیزی جز نوعی داوری نیست. این نوع تحکیم که نظر داور تنها در فرض امضاء عقد متبع است هم در فقه و هم در حقوق داخلی نمونه دارد. برای مثال رجوع به داوری در هنگام شقاق چنین است. در مورد ماهیت داوری در شقاق که وکالت است یا قضاوت و تحکیم، اختلاف نظر دیده می‌شود. مشهور فقها با توجه به ظاهر آیه ٣٥ سوره نساء و نصوص عقیده دارند که اقدام حکمین تحکیم است نه وکالت (طوسی، التبیان، ١٩١/٣-١٩٢؛ نجفی، جواهر الکلام، ٣١/ ٢١٣- ٢١٥). اختلاف به احادیثی بر می‌گردد که نقل شده است. از جمله امام صادق فرمودند: «برای داوران جایز نیست بدون اجازه مرد یا زن (در طلاق خلع) آن‌ها را طلاق دهند و داوران باید با زن و شوهر شرط کنند که هر حکمی که کردند آن دو قبول کنند: اگر حکم کردند که باید از هم جدا شوند، بپذیرند و اگر حکم کردند باید با هم باشند بپذیرند» (کلینی، ٦/ ١٤٦). در حقوق هم بر اساس نظر مشهور فقها پذیرفته شده است که داوران از صدور حکم به طلاق ممنوع باشند (کاتوزیان، حقوق خانواده، ٦/ ١٤٦). بدین ترتیب قائل شدن به تحکیم در مؤامره نیز بی‌سابقه و مشکل نیست، اما این تحکیم از معنای اصطلاحی خود جدا شده است و بدین معناست که: طرفین توافق می‌کنند ثالث حکم

باشد گرچه حکم او نافذ نباشد.

زمان به وجود آمدن خیار در شرط مؤامره

برخی از فقهای پیشین گمان کرده‌اند همانند اشتراط خیار برای ثالث، در مؤامره نیز برای شخص مشاور حق خیار ایجاد می‌شود نه برای مشروطه‌له (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳/ ۲۰۲؛ علامه، تذکره الفقهاء، ۱۱/ ٥٦). اما دیگران متوجه تفاوت شرط مؤامره با اشتراط خیار برای ثالث شده و خیار را به مشروطه‌له نسبت داده‌اند. البته در شرط مؤامره باید به وجود آمدن دو حق را در نظر گرفت: اول حق داوری است که برای ثالث به صورت منجز به نفس شرط کردن (شرط نتیجه) به وجود می‌آید (محقق داماد و صادقی، ٨٤) و دیگری حق خیاری است که برای مشروط له به وجود می‌آید. آنچه محل اختلاف است زمان به وجود آمدن این حق خیار برای مشروطه‌له است. بعضی زمان ایجاد حق را پس از اعلام نظر مشاور می‌دانند و بعضی ایجاد حق را از زمان اشتراط دانسته و نظر ثالث را شرط اجرای حق می‌دانند:

نظر نخست: زمان ایجاد خیار برای مشروطه‌له زمانی است که با ثالث مشورت کند و او نظر به فسخ دهد (حسینی‌شیرازی، ۱۱/ ۳٤۲؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/ ۲۸). طبق این نظر خیار مشروطه‌له، مشروط به نظر ثالث است و به صرف شرط کردن مؤامره خیار به وجود نمی‌آید. همچنین ممکن است ظاهر عبارت فقها در جایی که گفته‌اند مشروطه‌له نمی‌تواند قبل از مشورت با ثالث عقد را فسخ کند (امام‌خمینی، کتاب البیع، ٤/ ۲۲۱؛ سبزواری، ٤٦٥). بر این معنا حمل شود که پیش از نظر مستأمر، خیار پدید نیامده است. شایان ذکر است در باب شروط پذیرفته شده است که تنجیز شرط ضروری نیست و شرط می‌تواند به صورت معلق بیاید. لذا هر چند در استیمار برخی اشکال تعلیق در جعل خیار برای مستامر را مطرح نموده‌اند (یزدی، ۲/ ۲٦). اما دیگران پاسخ داده‌اند که تعلیق امری نیست که عقلاً باطل باشد بلکه در جای خود، بطلان به خاطر ادعای اجماع بوده است و معتقدند که در اینجا این اجماع صحیح نیست بلکه ادله شرط حاکم بر قضیه خواهد بود (امام‌خمینی، کتاب البیع، ۲۲۱/٤). یکی از حقوقدانان نیز اعمال خیار فسخی را که با شرط مؤامره به وجود می‌آید «ایقاع معلق» می‌داند (نهرینی، ۱۱۹).

نظر دوم: در مؤامره شرط می‌شود که مشروطه‌له خیار فسخ دارد، اما برای اعمال این خیار لازم است که نظر ثالث را نیز جلب کند. ایجاد خیار با نظر خواهی از ثالث دو صورت دارد: یا «شرط نتیجه معلق» است -که در جای خود مشکل تحلیلی ندارد (شهیدی، حقوق مدنی، ٤/ ۷۷)- بدین معنی که حصول نتیجه (خیار) به امری وابسته شده است. صورت دوم مشورت‌خواهی، شرط «اجرای» حق خیاری است که قبلاً با شرط برای مشروطه‌له به وجود آمده است نه آنکه خیار بعد از نظر مستأمر پدید آید؛ بنابراین باید گفت تعلیق

در اجرای خیار است نه تعلیق در به وجود آمدن خیار. نظر دوم تحلیل اخیر را انتخاب می‌کند. مطابق این نظر چنان که حقی که برای ثالث به وجود آمده است به صورت منجز به نحو شرط نتیجه پدید آمده است حق خیار برای مشروط له نیز با جعل شرط، از ابتدای عقد مورد توافق طرفین قرار گرفته است و این طور شرط شده که مشروط‌له دارای حق خیار است اما برای اینکه آن را اعمال کند باید با ثالث مشورت کند و اگر او نظر به فسخ داد می‌تواند حق خود را اعمال کند. چنین چیزی در خیار شرط دور از ذهن نیست؛ چراکه این خیار از اراده طرفین نشأت می‌گیرد (کاتوزیان، پیشین، ۱۵۵؛ شهیدی، سقوط تعهدات، ۵۷- ۵۹) و آن‌ها می‌توانند در خصوص زمان به وجود آمدن خیار تصمیم بگیرند.

نظیر همین بحث در بیع شرط که یکی از اقسام خیار شرط است دیده می‌شود در این حالت شرط می‌شود که اگر بایع در مدت زمان معلومی ثمن را برگرداند حق فسخ داشته باشد. در این بحث بیع شرط فقها در مورد اینکه ماهیت رد ثمن چیست یا به عبارتی چه زمانی خیار ایجاد می‌شود نظراتی طرح نموده‌اند. یکی از نخستین تحلیل‌ها، لحاظ کردن رد ثمن را در خیار را به پنج وجه قابل تصور می‌داند:

۱) فروشنده شرط کند فسخ عقد، معلق بر بازگرداندن ثمن یا موقت به زمان رد ثمن باشد در این صورت چون رد ثمن قید خیار بر وجه تعلیق یا توقیت است پیش از فرا رسیدن وقت برگرداندن ثمن، خیار وجود ندارد.

۲) رد ثمن قید فسخ باشد، بدین معنا که صاحب شرط خیار داشته باشد، اما اعمال خیار وابسته به رسیدن زمان رد ثمن باشد.

۳) رد ثمن، فسخ عملی عقد بیع باشد و هدف از آن تملیک مجدد ثمن به خریدار باشد تا از این رهگذر بتواند مبیع را از او تملک کند.

٤) رد ثمن، قید انفساخ عقد باشد؛ یعنی فروشنده بر خریدار انفساخ عقد در هنگام رد ثمن را شرط کند.

۵) رد ثمن، شرط وجوب اقاله بر خریدار باشد، بدین معنا که خریدار ملتزم شود در صورتی که فروشنده ثمن را بدهد او بیع سابق را اقاله کند.

اما این دیدگاه اشتراط به وجه چهارم را درست نمی‌داند (انصاری، المکاسب، ۵/ ۱۲۹). بعضی نیز یک حالت دیگر افزوده‌اند که: فروشنده به خریدار شرط کند با رد ثمن، خریدار مبیع را به او منتقل کند و همه این حالت‌ها را ممکن می‌دانند (اصفهانی، ٤/ ۱۸۷- ۱۸۸؛ امام خمینی، کتاب البیع، ٤/ ۲۲۲). اما برخی صورت‌های دوم، سوم و چهارم را در واقع گونه‌ای متمایز از نوع نخست تلقی نمی‌کنند و از این روی، تنها به دو صورت برای اعتبار رد ثمن و دخالت آن در فسخ عقد قائل‌اند: یکی اینکه خیار منوط به رد ثمن

باشد، بدین معنا که فروشنده حق داشته باشد هرگاه بخواهـد ثمـن را بـاز گردانـد و مبیـع را پـس بگیـرد؛ و دیگری آنکه بر خریدار به نحو شرط نتیجه شرط شود که چون فروشنده ثمن را بازگرداند او نیز عقـد را اقالـه کند. در نتیجه، اگر خریدار اقاله کرد مقصود حاصل است، وگرنه فروشنده از خیـار تخلـف شـرط اسـتفاده می‌کند و با استناد به آن، عقد خود به خود منفسخ می‌شود (خویی، مصـباح الفقاهـه، ٤/ ٢٥٧). برخـی از حقوقدانان نیز در بیع شرط به همین موضوع اشاره نموده و رد ثمن را شرط اعمال خیار شمرده‌اند. (امـامی، حقوق مدنی، ١/ ٥٣٩) در هر حال مطابق با همه نظریات، وابسته نمـودن فسـخ در خیـار اسـتیمار نیـز بـه مشورت و اعلام نظرثالث، هیچ‌گونه اشکال نظری نخواهد داشت.

شرایط صحت شرط مؤامره

شروط اساسی صحت معاملات و شروط عمومی صحت شروط: شرط مـؤامره از جملـه شـروط ضمنی و اعمال حقوقی به حساب می‌آید و متذکر شده‌اند که در شروط نیـز بایـد شـرایط اساسـی صـحت معاملات (ماده ۱۹۰ ق.م.) احراز گردد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ٣/ ١٦٨؛ عابـدیان، ۱۵۰) لـذا در شرط مؤامره باید قصد طرفین و رضای آن‌ها همچون هر شرطی دیگر (شهیدی، حقوق مـدنی، ٤/ ٩٠-٩١؛ امام خمینی، کتاب البیع، ١/ ١٦٨) تحقق یابد. درباره لزوم مشروعیت جهت در شروط نیز برخـی ایـن شرط را لازم ندانسته (شهیدی، حقوق مدنی، ٤/ ٩٣) و به ماده ۱۰ ق. م. استناد کرده‌انـد (امـامی، پیشـین، ۲۷۲). در مقابل برخی (کاتوزیان، پیشین، ١٦٧) مشروعیت جهت شـرط را لازم می‌دانـد. می‌تـوان گفـت دلایلی که شرط نامشروع را رد می‌کند (ماده ۲۳۲ ق.م.) شرط با جهت نامشروع را نیز در بر می‌گیرد.

اما در باب لزوم اهلیت باید گفت: بی‌گمان مشروط‌له و مشروط‌علیه که با توافق یکدیگر شرط مؤامره را در ضمن عقد قرار می‌دهند باید برای این عمل حقوقی اهلیت داشته باشند. تنها بحثی که باقی می‌ماند لزوم اهلیت ثالث است. به جز قانون در فقه نیز در مورد لزوم اهلیت ثالث به صراحت بحث نشده است. به جـز قاعده کلی حاکم بر هر عمل حقوقی می‌توان به موارد مشابه رجوع کرد. گفته شد اقدامی که توسط مسـتامر صورت می‌گیرد به گونه‌ای داوری محسوب می‌شود هرچند از معنای اصطلاحی داور جدا شده است. مـاده ٤٦٦ قانون آئین دادرسی مدنی برای داور اصطلاحی اهلیت را لازم دانسته و مقرر داشته: «اشخاص ذیـل را هر چند با تراضی نمی‌توان به عنوان داور انتخاب نمود: ۱- اشخاصی که فاقـد اهلیـت قـانونی هسـتند. ۲- ...». هم‌چنین، برای اثبات تحکیم بودن شرط مؤامره این مورد با تحکیم در شقاق مقایسـه و دارای مـاهیتی یکسان دانسته شد. در انتخاب حکم برای رفع اختلاف در شقاق شرایطی ذکر شـده اسـت از جملـه اینکـه حکم باید اهلیت داشته باشد و در موضوعی که به او ارجاع داده می‌شود اهتداء داشته باشد. در بحث جعل

خیار برای ثالث نیز که برخی از فقیهان که آن را تحکیم دانستند، گفته‌اند کـه چـون ثالـث امـین محسـوب می‌شود، باید رعایت مصلحت کند پس بلوغ و عقل و اهتداء نیز در او شرط است (نجفی، جواهر الکـلام، ۲۳/ ۳۵). در خصوص شرط مؤامره چنین تصریحی دیده نمی‌شود. اما از مجموع موارد مشابه، لزوم اهلیت وی استنباط می‌شود.

در ارتباط با لزوم تعیین موضوع، سؤال جایی طرح می‌شود که ضمن معامله‌ای بر دو یـا چنـد شـیء یـا دارای چند جزء، شرط مؤامره قرار دهند. در چنین فرضی نیز باید تعیین مورد شـرط رعایـت شـود بـه دیگـر سخن باید معین شود که در مورد کدام جزء از معامله شرط مـؤامره وجـود دارد؛ درسـت ماننـد زمـانی کـه نمی‌دانیم چه کسی حق خیار دارد (نجفی، پیشین، ۹۲).

همچنین با تعیین ثالث نیازی به قبول او نیست زیرا این شرط مشابه جعل خیار برای ثالث است کـه در آنجا هم قبول وی شرط نیست (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/ ۲۵۲)؛ زیرا در ماهیت، نوعی تعهـد به نفع ثالث است (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران، ٤۲۳؛ کاتوزیـان، قواعـد عمومی قراردادها، ٥/ ١٥٦) و از آنجا که مطابق مادتین ۲۳۱ و ١٩٦ قانون مـدنی، تعهـد بـه نفـع ثالـث از استثنائات اصل نسبی بودن اثر قراردادها به حساب می‌آید لزومی بـه قبـول ثالـث نیسـت (محقـق دامـاد و صادقی، ۱۷؛ محمدی، ۲۷٥).

به جز شرایط یاد شده شرط مؤامره باید سایر شرایط عمومی شروط از جمله: مقـدور بـودن و دارا بـودن نفع عقلایی را نیز داشته باشد (مادتین ۲۳۲ و ۲۳۳).

معلوم نمودن: در باب لزوم معلوم نمودن سه بحث مطـرح اسـت: معلـوم کـردن مسـتأمر، موضـوع و مدت:

۱-در شرط مؤامره، معلوم کردن طرف مشورت (مستامر) لازم نیست (نجفی، جواهر الکلام، ۲۳/ ۳٦؛ محقق ثانی، ٤/۲۹۰؛ جعفری‌لنگرودی، الفارق، ۲/ ۳٥۲) بر خلاف شرط خیار برای ثالث که تعیین نشدن ثالث موجب بطلان است (نجفی، پیشین، ۳٤) چراکه اینجا حق خیار برای طرفین اصلی معامله قـرار داده می‌شود، از این رو ذوالخیار معین است و خللی به وجود نمی‌آید. برخی دلیل آورده‌اند که عدم لزوم تعیـین مشاور به جهت شباهت ماهیت مؤامره با صلح است اما این دلیل را رد کرده‌اند، چون سـایر شـرایط صـلح مانند عدم تعیین مدت در اینجا وجود ندارد (مامقانی، ٥۷).

۲- در باب معلوم نمودن موضوع شرط مؤامره باید خاطر نشان کرد که اگر موضوع شرط مجهول مطلق باشد، به دلیل اینکه شرط امکان اجرا ندارد باطل خواهد بود. زیرا برای این شرط نفع عقلایی متصور نیست (شهیدی، حقوق مدنی، ٤/ ۹۳) می‌توان گفت ازآنجاکه نمی‌توان بر اساس چنین شرطی، تعهـدی را بـرای

مشروط‌علیه تصور نمود و او را بدان ملزم ساخت، شرط باطل است؛ اما با توجه به خصیصه فرعی بودن شرط باید گفت علم اجمالی برای آنکه شرط در محدوده تعهدات عقلایی قرار گیرد کافی است و دلیلی بر لزوم علم تفصیلی نیست.

۳-اما در مورد لزوم معلوم نمودن مدت در شرط مؤامره اختلاف وجود دارد: برخی از فقها امامیه (علامه‌حلی، تحریر، ۱/ ١٦٦) و عامه (ابن‌قدامه، ١٠٢/٤ به نقل از شافعی در یکی از دو نظر) تعیین مدت را لازم ندانسته‌اند چون دلیلی بر آن وجود ندارد. اما مشهور معتقدند مدت شرط مؤامره مانند شرط خیار باید تعیین شود (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٧؛ علامه حلی، مختلف‌الشیعه، ۲/ ٦٦؛ همو، تذکره الفقهاء، ۱۱/ ٥٦؛ نجفی، پیشین، ۳۵؛ طباطبایی، ریاض‌المسائل، ۱/ ٥٢٥؛ فخرالمحققین، ۱/ ٤٨٤؛ وجدانی فخر، ۷/ ۲۱۷)، در غیر این صورت به جز شرط، معامله نیز غرری و باطل خواهد بود (طباطبایی، ریاض‌المسائل، ۱/ ٥٢٥؛ حائری، ۳۳۱) برخی گمان کرده‌اند اگر مدت ذکر نشود حمل بر سه روز می‌گردد (علامه‌حلی، تحریر، ۱/ ١٦٦) اما دلیلی بر این حکم در مشاوره وجود ندارد چنین حکمی در جاهایی دیگر که خیار شرط متصل به عقد بوده است ابراز شده و به اینجا قیاس نمی‌گردد (نجفی، پیشین).

نحوه فسخ با شرط مؤامره

در اصطلاح حقوقی فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث (شهیدی، سقوط تعهدات، ۱۹۵). در این مبحث چگونگی اعمال فسخ در شرط مؤامره در دو بخش بررسی می‌شود. در این خصوص مهم این است که چه زمانی حق فسخ به وجود می‌آید و نفوذ حقوقی فسخ چگونه است:

۱- فسخ قبل از مشورت خواهی

مطابق ظاهر عبارت جمعی از فقها در استیمار، خیار زمانی به وجود می‌آید که با مستامر مشورت شود و وی نظر به فسخ بدهد (انصاری، المکاسب، ٥/ ١٢٦؛ شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٢)؛ در این زمان است که مستامر (مشروط‌له) حق پیدا می‌کند که عقد را فسخ کند. و روشن شد که مقتضای شرط برای ثالث فقط نظر دادن و مورد مشورت قرار گرفتن است نه امر به فسخ کردن که سبب متعین شدن فسخ برای مشروط‌له گردد. لذا مستشیر الزام به فسخ نمی‌شود همان‌طور که هیچ ذوالخیاری ملزم به اختیار نمی‌شود (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۰/ ۹۷۰) در اینجا پاسخ دو سؤال باید روشن شود: نخست، اگر مشاور پیش از مشورت‌خواهی اعلام نظر نموده و امر به فسخ کند برخی طرح کرده‌اند که خیار از بین می‌رود چون شرط آن حاصل نشده است و نظر دیگر آن است که مشروط‌له می‌تواند فسخ کند چون هدف

او از شرط به هر صورت حاصل شده است. نظر اخیر از منطقی قوی‌تر برخوردار است (مامقانی، ٥٨). پرسش دوم که باید روشن شود این است که اگر مشروط‌له قبل از اینکه با ثالث مشورت کند عقد را فسخ کند، عمل انجام شده چه وضعیتی دارد؟ پاسخ به این سؤال وابسته به دانستن زمان به وجود آمدن خیار است. همان‌گونه که بیان شد در خصوص اینکه چه زمانی خیار به وجود می‌آید دو نظریه وجود دارد. لذا پاسخ متفاوت خواهد بود:

الف: خیار معلق به نظر مستامر باشد- برابر این نظریه، تا زمانی که با ثالث مشورت نشود و او نظر به فسخ ندهد حق خیار به وجود نمی‌آید، لذا مشروط‌له حق فسخ ندارد. چرا که تا آن زمان اصلاً حقی برای او به وجود نیامده است. (نجفی، پیشین، ٣٥) لذا این فسخ باطل است و نباید آثار فسخ از جمله انتقال منافع و نماآت مترتب شود.

ب: خیار به محض شرط مؤامره به وجود آید- در بحث پیشین این نظر تائید شد که طرفین به صورت ضمنی خیار را برای مشروط‌له قرار داده‌اند اما اجرای آن را منوط به نظر ثالث نموده‌اند؛ حال اگر وی بدون مشورت با ثالث عقد را فسخ کند؛ بعضی پذیرفته‌اند که فسخ قبل از امر مستامر جایز است (علامه حلی، تحریر، ١/ ١٦٦؛ جزیری، ٢/ ١٧٥) و این نظر را به یکی از اقوال شافعی نیز نسبت داده‌اند زیرا وی شرط مؤامره را از باب احتیاط می‌داند (نجفی، پیشین، ٣٦؛ ابن‌قدامه، ٣/ ٥٠٠)؛ اما برخی گفته‌اند عمل او غیر نافذ است (حسینی شیرازی، ١١/ ٣٤١). بنا بر این اگر مشروط‌له قبل از مشورت عقد را فسخ کند نمی‌توان فسخ صورت گرفته را کأن لم یکن فرض کرد. در تائید این نظر می‌توان این‌گونه استدلال کرد که در این حالت مقتضی خیار موجود است، مانعی هم وجود ندارد تنها شرط مشورت حاصل نشده است. لذا نمی‌توان به این خاطر که شرط حاصل نشده است عمل انجام شده را باطل فرض کرد؛ در چنین حالتی باید فسخ صورت گرفته را غیر نافذ دانست که با حصول شرط، نفوذ حقوقی پیدا می‌کند. بنابر این نظریه یاد شده درست به نظر می‌رسد.

۲- فسخ بعد از مشورت خواهی

بعد از اینکه با ثالث مشورت شد موضع ثالث از سه حالت خارج نیست؛ یا فسخ عقد را به مصلحت می‌داند یا اینکه امضاء عقد را مصلحت می‌داند و یا اینکه سکوت می‌کند: آورده شد اگر مستامر نظر به فسخ بدهد مشروط‌له مخیر است که عقد را فسخ یا امضاء کند. در فرضی که مستامر نظر به امضاء عقد بدهد، برخی از فقها گفته‌اند باز هم مشروط له می‌تواند عقد را فسخ کند زیرا او با شرط مشاوره برای خودش حق خیار قرار داده است و شرط ضمن عقد فقط نظر خواهی بوده است نه التزام به قول مشاور. (نظر مالکیه، نقل از الجزیری، ٢/ ١٧٥؛ بحرانی، ١٩/ ٣٩) اما این نظر صحیح نیست زیرا با اقتضای شرط

سازگار نیست به مقتضای شرط حق اعمال خیار معلق به امر مشاور بوده است. برخی هم گفته‌اند اگر التزام به عقد به مصلحت نباشد حتی با امر به التزام نیز عاقد می‌تواند فسخ کند (طباطبایی، ریاض‌المسائل، ۱/ ۵۲۵) این نظر هم حتی از طرف کسانی که رعایت مصلحت را لازم می‌دانند مورد قبول قرار نگرفته است چون دلیل و مقتضای فسخ که شرط باشد تنها فسخ در صورت امر مستامر بوده است. (محقق ثانی، ٤/ ۲۹۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ٤/ ٥٦٤) اما فقهای دیگر گفته‌اند در این صورت قطعاً عقد لازم می‌شود (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٦) و چنین استدلال شده است که اصل اولیه در عقود لزوم است و برای بر هم زدن این پیوند نیاز به دلیل داریم. لذا وقتی‌که موافق این اصل نظر داده می‌شود همه چیز جای اول خودش قرار دارد و عقد به حیات خود ادامه می‌دهد (همان). برخی تعبیر کرده‌اند که اگر مستشار قائل به التزام به عقد شد، چون مقتضای عقد است، مستشیر حق مخالفت ندارد حتی اگر به مصلحت نباشد؛ زیرا مستشیر تسلط بر عقد ندارد مگر به مقتضای شرط و شرط نیز خیار را برای مشروط‌له قرار نداده است (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۰/ ٩٦٩). در حالتی هم که مستامر سکوت می‌کند دلیلی بر اجبار او به اعلام نظر وجود ندارد و عقد تثبیت می‌شود؛ زیرا با توجه به شرط، طرفین لزوم عقد را پذیرفته‌اند و بر هم زدن آن را منوط به نظر مشاور قرار داده‌اند؛ بنابراین با سکوت مستامر اصل لزوم و مقتضای شرط حاکم خواهد بود و عقد مورد نظر لازم است (همان، ۹۷۰).

شایان ذکر است اگر مشاور تغییر نظر بدهد احتمالاتی وجود دارد که نظر مقدم یا نظر نهایی و یا تقدم فسخ بر امضا را ترجیح دهیم (نجفی، پیشین، ٣٦؛ مامقانی، ٥٧). به گمان، تقدم فسخ ارجح است زیرا با غرض از اشتراط مؤامره و مقتضای توافق بر ایجاد فرصت اندیشیدن برای مستشیر سازگار است. در مورد مشابه اگر هم مشاوران متعدد باشند و یکی حکم به فسخ و دیگری به امضا بدهد نظر فاسخ مقدم است (نجفی، همان)، چون شرط حاصل شده است. اگر مشروط له چند تن باشد نیز باید نظر فاسخ را مقدم داشت. اگر مشروط‌له واحد نخست نظر به فسخ و سپس تأیید عقد بدهد، بی‌شک عقد فسخ خواهد شد (طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب المکاسب، ۲/ ۱۷۲). چنانکه در فضولی نیز اجازه مسبوق به رد پذیرفته نیست (م ۲۵۰ ق.م.) در حالتی هم که نخست نظر به تأیید بدهد و سپس فسخ کند، باید فسخ را در صورتی که مدت توافق شده برای اعمال خیار باقی باشد مقدم داشت زیرا حق به وجود آمده استصحاب می‌گردد.

پیش از انتهای این بخش باید خاطر نشان نمود یکی از نتایج پذیرش وجود خیار قبل از مشورت‌خواهی اجرای ضمان تلف در زمان شرط مؤامره است. می‌دانیم که قاعده شرعی: «تلف در زمان خیار از مال کسی است که خیار ندارد»؛ قاعده‌ای استثنایی و مستند به روایات است (نجفی، پیشین، ٨٤؛

نـائینی، ٢/ ١٧٥؛ مامقـانی، ١٩٤؛ شـهید ثـانی، مسـالک الأفهـام، ٣/ ٢١٦-٢١٧) و در مـاده ٤٥٣ ق.م. منعکس شده است. این قاعده خاص بیع عین معین است و جایی به کار می‌رود که مبیع تلف شـده باشـد. حال اگر شرط مؤامره به نفع مشتری باشد، چون خیار را پیش از مشورت‌خواهی موجود مـی‌دانیم، تلـف از مال فروشنده خواهد بود. البته اجرای این قاعده جایی است که مبیع توسط بایع اتلاف نشده باشد (حسینی روحانی، ٦/ ٤٤١؛ شهید ثانی، ٣/ ٢١٧).

لزوم جبران خسارت

اعمال حق خیار ممکن است در شرایطی سبب ورود خسارت شود. خسارت در صورتی قابـل مطالبـه است که ضرری به مدعی وارد شده باشد و این امر ناشی از فعل زیان‌بار عامل زیان بوده و توسط مدعی نیز ثابت گردد؛ در اینجا موضوع با توجه به اینکه کدام‌یک از سه طـرف مشـروط علیـه و مشـروطله و شـخص ثالث (مستامر) مؤثر باشند بررسی می‌شود:

١- جبران خسارت توسط ذوالخیار

اصولاً نمی‌توان کسی را که در صدد اعمال حق قانونی خویش است به عنـوان مسـبب یـا مباشـر ورود خسارت به شمار آورد؛ این نوع از اعمال حق، به کیفیتی مشمول اصل تسلیط است کـه بـه صـورت عمـل حقوقی متجلی می‌شود. (نهرینی، پیشین، ٢٦٠) همچنین گفته شده کـه محـدودیت اعمـال حـق فقـط در مقابل حقوق اشخاص دیگر و یا حقوق عمومی است و مستند آن قاعده لاضرر است وگرنـه اگـر زیـانی بـه دیگری وارد نگردد، این محدودیت بلا وجـه اسـت (همـان، ٢٦٢). ایـن سـخن را بایـد تکمیـل کـرد کـه محدودیت اعمال حق ممکن است ناشی از لاضرر، لاحرج یا سایر قواعد ترخیصی و یا اقدام باشد. به هـر روی در تحلیل موضوع باید گفت در مورد خیاراتی که منشاء آن، تخلف مشروط علیه از شرط ضمن عقد یا تعهد و یا حکم قانون یا اقدام وی به پذیرش حق فسخ برای دیگری باشـد، نمی‌تـوان ذوالخیـار را بـه دلیـل اعمال حق، ملزم به جبران خسارت طرف مقابل نمود.

٢- جبران خسارت توسط شخص ثالث

در نگاه نخستین بعید می‌نماید که بتوان شخصی غیر از متعاملین را مسـئول خسـارتی شـناخت کـه از عقد برآمده است. حتی توافق طرفین عقد نیز نمی‌تواند چنین مسئولیتی را بر عهـده شخصـی خـارجی کـه رابطه‌ای در قرارداد ندارد و تعهدی را نپذیرفته است بگذارد. از این رو بایـد دیـد بـرای حکـم بـه مسـئولیت مستأمر برای جبران خسارت ناشی از انحلال عقد که با نظر ناصواب و تقصیر وی حاصل شـده اسـت چـه مبانی وجود دارد؟ قانون حتی در موردی که خیار برای ثالث قرار داده می‌شود در خصوص مسئولیت ساکت است. مورد مشابه مسئول شناختن ثالث را ممکن است در تعمیم ماده ٣٤٨ ق.م. در باب مسئولیت تدلیس

کننده دانست (نهرینی، پیشین، ٢٤٨). اما در فقه به اجمال در این مورد سخن به میان آمده است. برخی از فقها در مسئله لزوم مراعات کردن مصلحت توسط مستامر گفته‌اند که اقتضای اطلاق عقد آن است که چنین وظیفه‌ای وجود نداشته باشد (حسینی شیرازی، ١١/ ٣٤٥؛ انصاری، المکاسب، ٥/ ١٢٥). برخی چنین اظهار نظر کرده‌اند که در شرط مؤامره باید رعایت مصلحت را بر ثالث واجب بدانیم زیرا وی امین است (محقق ثانی، ٢٩٢/٤) و دیگران گفته‌اند سیاق چنین عملی رعایت مصلحت است چون همانند توکیل است. (نجفی، پیشین، ٣٥) برابر این نظر اگر مستامر را امین محسوب کنیم وی ملزم به رعایت مصلحت است اما طبق قواعد کلی بدون تعدی و تفریط ضامن نخواهد بود. لذا در بحث مورد نظر اگر مستامر در مصلحت اندیشی دچار کوتاهی و سهل انگاری گردد باید در برابر خسارت وارد شده مسئول شناخته شود.

به نظر می‌رسد اقتضای عرفی استیمار آن است که مستأمر به مصلحت طرف مشورت ملتزم باشد. به عبارتی قرینه حالیه مانع اطلاق می‌گردد. در تأیید این نظریه که مستامر را امین محسوب می‌نماید می‌توان به روایاتی که در مورد استشاره وجود دارد اشاره نمود. از جمله روایت نبوی معروف: «المستشار مؤتمن» که از طرق عامه نقل شده است (احسایی، ١/ ١٠٤؛ سیوطی، ٢/ ٦٦٧؛ ابن ماجه، ٢/ ١٢٣٣). همچنین روایاتی متعدد که در طرق شیعه وجود دارد (محمدی ریشهری، ٥/ ٢١٠-٢٢٣) نمایانگر الزام عرفی و اخلاقی است که از ظاهر مشاوره بر می‌آید. ممکن است گفته شود با شرط مؤامره طرفین بر علیه خود اقدام کرده و نظر ثالث را برای خود محترم شمرده‌اند بنابراین اگر از نظر مستامر ضرری متوجه طرفین شود او مسئول نیست. اما این سخن پذیرفته نیست زیرا همان‌گونه که گفتیم مشروطله به نحوی اقدام می‌کند که ثالث امین باشد، در واقع فلسفه این شرط مصلحت‌اندیشی بوده و مشروطله خواستار این است که ثالث در پیش‌بینی مصلحت امانت‌دار باشد، نه اینکه تنها نظر ثالث را جویا باشند وگرنه خود طرفین در نظر دادن اولی از ثالث بودند.

مسئولیت پرداخت اجرت و هزینه‌ها

از دلایل اصلی گنجانیدن شرط مؤامره استفاده از دانش و تخصص فردی دیگر است که در زمینه مورد معامله حرفه‌ای و دارای تجربه است. بسیاری از اوقات در بازار ارائه خدمات، فراهم نمودن چنین خدمتی دارای ارزش اقتصادی است. بهره بردن از کارشناسی نمی‌تواند بی‌بها باشد. پرسش این است که آیا عمل مستامر دارای اجرت است. افزون بر این، گاه مستامر برای بررسی درست ابعاد تعهد و مصلحت اندیشی ناچار است هزینه‌هایی بپردازد یا به محل اجرای تعهد سفر کند یا اینکه شخصی حقوقی باشد که برای کارشناسی کسانی را به کار گیرد. در این حالت عهده‌دار این هزینه‌ها چه کسی است؟

۱- پرداخت اجرت به مستامر

در حالتی که برای عمل ثالث اجرت تعین نشود اما عرفاً عمل او اجرت داشته باشد، بر مبنای استیفا از عمل غیر یا ضمان امری، آمر مسئول پرداخت اجرت‌المثل است و این ضـمان در زمـره الزامـات خـارج از قرارداد است (ماده ٣٣٦ قانون مدنی). در خصوص مسئول پرداخت اجرت، ممکن است طرفین در قرارداد شرط کرده باشند یا اینکه عرفی وجود داشته باشد که پرداخت کننده را تعیین نماید. در غیر این صورت، بـر اساس قواعد کلی، آمر مسئول پرداخت اجرت به عامل است. اما گاه تشخیص آمـر دشـوار اسـت. در ایـن هنگام به نظر می‌رسد باید کسی را مسئول شناخت که درخواست گنجانیدن شرط را داشته و در نهایت خیار فسخ معامله را دارد. او کسی است که با این شرط فرصت اندیشیدن می‌یابد و از تخصص مشـاور بهره‌منـد می‌شود لذا باید عهده‌دار هزینه‌های آن نیز باشد (من له الغنم فعلیه الغرم).

۲- پرداخت هزینه‌ها

در باب مسئول پرداخت هزینه‌های مؤامره اشاره‌ای در منابع یافت نمی‌شـود. در ایـن بـاب می‌تـوان بـه مواردی که عملی توسط ثالث به سود یکی از طـرفین تعهـد انجـام می‌شـود رجـوع کـرد. بـه عنـوان مثـال هزینه‌هایی که دلال متقبل می‌شود. در خصوص هزینه‌های انجام شده توسط دلال قـانون تجـارت در مـاده ۳۵۱ این‌چنین تعیین تکلیف کرده است: «اگر شرط شده باشد مخارجی کـه دلال می‌کنـد بـه او داده شـود دلال مستحق اخذ مخارج خواهد بود ولو آنکه معامله سرنگیرد. همین ترتیب در موردی نیز جاری است که عرف تجارتی محل به پرداخت مخارجی که دلال کرده حکم کند». در توضیح این ماده بیان شده است کـه هزینه و مخارجی که دلال برای وساطت معامله، متحمل می‌شود از لوازم اجرای تعهدات ناشـی از قـرارداد دلالی است که منعقد کرده است. لذا دلال نمی‌توانـد غیـر از حـق دلالـی -در صـورت اسـتحقاق- مبلـغ دیگری مطالبه کند، مگر اینکه بر خلاف ترتیب مزبور تراضی شده باشد (دمرچیلی، ٦٨٩). بر ایـن اسـاس در دلالی زمانی هزینه‌ها قابل پرداخت است که یا شرط شده باشد یا عرف تجاری آن را لازم بداند. می‌توان گفت این ماده حکمی خاص برای دلالی نیست، بلکه بر اساس قواعد کلی تعهدات وضع شده است لذا در شرط مؤامره نیز در صورت شرط یا وجود عرفی مبنی بر قابـل پرداخـت بـودن هزینـه‌ها می‌تـوان خواسـتار پرداخت هزینه‌های انجام شده بود اما اگر شرط یا عرفی وجود نداشت اصل عدم لـزوم پرداخـت هزینـه‌ها است.

انتقال و اسقاط شرط مؤامره

۱- انتقال شرط مؤامره

خیار، حق مالی و مانند سایر حقوق قابل انتقال است (کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ۲۸۷) امـا خیـار شرط را قابل انتقال ارادی نمی‌دانند چون اختیار ثالث در فسخ عقد را حق نمی‌شـمارند (کاتوزیـان، قواعـد

عمومی قراردادها، ٥/ ١٠٤). در ارث خیار هم خیار ثالث به وراث او منتقل نمی‌شود (م.٤٤٧ ق.م.؛ انصاری، المکاسب، ٢/ ٢٤٩؛ نراقی، ١٤/ ٣٨٣؛ حسینی عاملی، پیشین، ٥٩٢) در شرط مؤامره گرچه بگوییم مشاور حقی پیدا می‌کند اما با توجه به اهمیت شخصیت ثالث به عنوان مشاور، نباید قائل به انتقال ارادی این حق شد. در مورد انتقال قهری این خیار به وراثان، چون خیار برای مشروط‌له است به وراث او انتقال می‌یابد. در اینجا باید دو حالت را در نظر گرفت: حالت قبل از استیمار از ثالث و حالت بعد از مشورت خواهی. در حالت اول آنچه مهم به نظر می‌رسد چگونگی مشورت کردن وراث با ثالث است. مشکل زمانی ایجاد می‌شود که وراث متعدد باشند در این صورت باید دید چگونه باید با ثالث مشورت کنند؟ در مورد اعمال حق خیار، باید تمام وراث به اتفاق اقدام به فسخ کنند. اما در مورد نحوه مشاوره چندین وراث با یک مشاور سخنی به میان نیامده است. پاسخ به این پرسش نیز با نگاه به نهادهای مشابه دیگری که چندین تن اقدامی مشترک را انجام می‌دهند اما نحوه مشارکت آنان تعیین نشده است، حاصل می‌گردد:

برای نمونه، نهاد وصایت در فرضی که چند وصی مأمور اجرای وصیت می‌شوند قابل بررسی است. جایی که چند وصی مأمور به انجام کاری می‌شوند ممکن است نحوه اقدام آن‌ها به چند شیوه تعیین گردد: گاه هر کدام به استقلال کاری انجام می‌دهد و گاه تقسیم کار بین آن‌ها به نحو ترتیب است. به عبارتی عامل زمان مبنای تقسیم کار میان اوصیا است؛ و گاه نیز به حالت اجتماع که نیاز به همکاری میان اوصیا دارد؛ و ممکن است وظیفه اوصیا به صورت اطلاق گذارده شود یعنی موصی درباره شیوه همکاری آنان سخنی نمی‌گوید.

بحث مورد نظر با حالت اطلاق وصایت نزدیک است؛ چرا که انتقال شرط مؤامره به آن‌ها به صورت قهری صورت می‌گیرد، لذا هیچ بیانی در مورد نحوه اقدام آن‌ها وجود ندارد. بنابراین نسبت به اقدام وارث مطلق است. در حقوق، چنین حالتی حمل بر اجتماع می‌شود، مگر اینکه قرینه‌ای بر انفراد وجود داشته باشد (امامی، حقوق مدنی، ٣/ ١١٣). در حالت اجتماع، تصمیم‌ها باید به نحو جمعی باشد. اما در این حالت، به وجود آمدن اختلاف امری عادی خواهد بود. در وصایت برای ایجاد نظم، موصی می‌تواند اکثریت خاصی را تعیین کند وگرنه حاکم با شنیدن دلایل دو طرف، اوصیا را به توافق اجبار می‌کند و راه حل جامع را تعیین و به آن‌ها تحمیل می‌کند (کاتوزیان، حقوق مدنی، ١٢٢) و در صورت لزوم می‌تواند امینی را جانشین آنان سازد تا به ویژه به اعمال ضروری بپردازد (نجفی، جواهر الکلام، ٢٨/ ٤١٣؛ امامی، پیشین، ١١٤) در بحث مورد نظر در حالتی که همه وراث به صورت اجتماعی حاضر به مشورت با ثالث در مورد فسخ کردن عقد نیستند، می‌توان مشورت عده‌ای را که به ثالث مراجعه کرده‌اند و نظریه‌ای که مشاور در نهایت ارائه داد است را برای اعمال خیار کافی دانست زیرا اجبار به مشورت‌خواهی با درخواست کسانی که

حاضر به مشورت هستند؛ متصور نیست. به هر روی اعمال خیار در این حالت، تنها زمانی امکان دارد که وراث مجتمع شوند. اما در مورد حالتی که مورث با ثالث مشورت کرده است و بعد فوت می‌کند نیز خیار طبق اصول کلی به وراث می‌رسد. منتها چون خیار یک حق بسیط است باید توسط وراث به اجتماع اعمال شود (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵/ ۱۲۸).

۲- اسقاط شرط مؤامره و سقوط آن

اگر در ضمن عقدی از یک سو شرط مؤامره قرار داده شده باشد و از سویی اسقاط کافه خیارات شرط شده باشد ظاهر آن است که شرط مؤامره باقی می‌ماند و شرط اسقاط منصرف از شرط مشاوره است. اما در خصوص اسقاط شرط پس از عقد چون شرط استیمار به صورت شرط نتیجه برای ثالث نیز ایجاد حق می‌کند قابل اسقاط نیست. بیان خواهد شد که در صورتی که مشاور سودی از مشاوره ببرد نمی‌توان حق او را اسقاط کرد اما مشروط‌له می‌تواند از حق خیاری که دارد صرف‌نظر کند. برای اسقاط خیار هم باید اقدامی صورت بگیرد که ممکن است صریح باشد (مانند اینکه در یک سند از حق خیار بگذرد) یا ضمنی، مانند اینکه کالا را پس از عقد به دیگری بفروشد. در اسقاط صریح گفت‌وگویی وجود ندارد ولی در دلالت اعمالی که به منظوری دیگر انجام می‌شود و در ضمن دلالت بر فسخ می‌کند، اختلاف وجود دارد. آنچه باید مورد توجه قرار گیرد ارتباط دلالت افعال با اوضاع و احوالی است که در آن رخ می‌دهد (همان، ۱۳۲).

از جمله مواردی که ممکن است دلالت بر سقوط شرط مؤامره کند؛ عزل مستامر و فوت مستامر است. اینک هر یک از این دو حالت بررسی می‌شود:

الف: عزل مشاور- ممکن است گمان شود که ثالث هیچ نفعی از فسخ قرارداد نمی‌برد و منتفع اصلی مشروط‌له است؛ و چون ثالث با اراده مشروط‌له انتخاب شده است او به تنهایی حق عزل مشاور را دارد. اما این ایراد مطرح می‌شود که ممکن است مشاور نیز از معامله نفعی ببرد همچنان که مثلاً شریک مشروط‌له باشد. علاوه بر این مشاور تنها با اراده مشروط‌له انتخاب نمی‌شود بلکه با تراضی طرفین انتخاب می‌شود. لذا برخی چنین اظهار نظر کرده‌اند که اختیار و سمت ثالث برای هر یک از طرفین الزام‌آور است؛ زیرا از شرطی پایه می‌گیرد که هر دو در آن نفع دارند. پس هیچ یک نمی‌توانند داور را عزل کنند (همان، ۱۵٦). به عبارتی تنها تراضی دو طرف است که توان انحلال شرط و حذف اختیار ثالث را دارد. آن‌هم در صورتی که مشاور نفع خاصی در استقرار و پایداری اختیار نداشته باشد.

می‌توان شرح داد که شرط مؤامره به نحوی تعهد به نفع ثالث به حساب می‌آید، بنابراین باید دید که آیا تعهد به نفع ثالث قابل اقاله هست یا خیر؟ در این خصوص چنین نظر داده شده که چون مبنای تعهد، قرارداد میان دو طرف است لذا حق ثالث نیز از این منبع سرچشمه می‌گیرد و نیروی الزام آور خود را از عقد می‌گیرد پس طبیعی است که با انحلال عقد، آن شرط نیز از بین برود (طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب

المکاسب، ۲/ ۱۳۵؛ امامی، حقوق مدنی، ۱/ ۲۵۷)؛ اما در این که اقاله بتواند حق منتفع را از بین ببرد اشکال است زیرا امکان ایجاد حق به سود ثالث با توانایی اسقاط آن ملازمه ندارد به همین دلیل نیز دیگر نویسندگان، اسقاط حق ثالث را به‌وسیله اقاله دشوار یا ممنوع دانسته‌اند (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱/ ٤۱۱؛ صفایی، ۱۹٤). با این توضیح، در فرض مسأله اگر بتوان برای ثالث (مشاور) حقی متصور شد که با اقاله طرفین اصلی به آن لطمه‌ای وارد می‌شود، عزل وی حتی با توافق طرفین ممکن نیست اما جایی که ثالث از فسخ عقد نفعی نمی‌برد طرفین اصلی می‌توانند با تراضی او را عزل کنند.

ب: فوت مستامر و سکوت مشاوران، یا مشاور- ممکن است در فاصله زمانی بین شرط مؤامره تا انتها این مهلت مستامر فوت کند. این اتفاق ممکن است در حالتی که هنوز مشروط‌له با او مشورت نکرده است یا اینکه مشورت کرده اما ثالث هنوز نظر خود را در مورد معامله بیان ننموده، رخ بدهد. سؤالی که پیش می‌آید این است که در این حالت تکلیف طرفین عقد چیست و آیا با فوت، خیار از بین می‌رود؟ در منابع فقهی پاسخی دیده نمی‌شود. با این وجود در حالتی که با ثالث مشورت می‌شود اما او سکوت می‌کند و نظر نمی‌دهد چنین گفته‌اند که همان مقتضای اولیه عقد که لزوم است حاکم می‌شود (شهید ثانی، پیشین، ٤٥٤). بدین معنی که خیار از بین می‌رود. از سویی ممکن است در حالت فوت مستامر این گمان به ذهن برسد که شرط متعذر می‌شود و مشروط‌له خیار تعذر تسلیم دارد. زیرا در صورت تعذر شرط، مانند تعذر یکی از ارکان اصلی عقد، خیار تعذر وجود خواهد داشت؛ اما این گمان وجهی ندارد زیرا آنجا که تعذر شرط را موجب خیار دانسته‌اند، زمانی است که شرط فعل باشد اما در موضوع بحث شرط مشاور بودن و حق خیار مشروط‌له، به صورت شرط نتیجه است. در هر حال در فرض فوت مشاور و بقای مهلت خیار، ممکن است بتوان از قواعد حاکم بر داوری کمک گرفت. زمانی که داور فوت می‌کند قرارداد داوری منتفی نمی‌گردد، بلکه طرفین می‌توانند یک نفر دیگر را به عنوان داور انتخاب کنند. ممکن است بین طرفین در خصوص انتخاب داور اختلاف شود که در چنین حالتی دادگاه، یک نفر را به عنوان داور انتخاب می‌کند. در فرض ما نیز می‌توان نظر داد که اصل بر بقای حق مشاوره است لذا با درخواست مشروط له، طرفین اصلی عقد باید یک نفر را به عنوان جانشین ثالث انتخاب کنند و در صورت اختلاف، مشروط‌له می‌تواند انتخاب یک نفر را به عنوان داور از دادگاه درخواست کند.

نتیجه‌گیری

شرط استیمار از شرایط مفید ضمن عقد است که می‌تواند با اعطای فرصت کارشناسی به طرفین، معاملات را تسهیل بخشیده و در نهایت از پیمان‌شکنی و مرافعات قضایی پیشگیری نماید. بهتر است در اصلاحات قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه، این شرط به مبحث خیار شرط افزوده گردد.

محل این شرط عقود لازم است و از لحاظ ماهوی با توجه به نمونه‌های آن در فقه نوعی تحکیم ارزیابی شد نه توکیل. اما از نوع تحکیم اصطلاحی در باب فصل خصومت نیست. با توافق بر شرط مؤامره، مشروط‌له خیار فسخ معامله را به دست می‌آورد اما اجرای این خیار معلق بر مشورت با شخص ثالث است و زمانی می‌تواند عقد را فسخ کند که با مشاور مشورت کند و او نظر به فسخ داشته باشد.

فلسفه شرط مؤامره و ظاهر عرفی از این شرط مصلحت اندیشی است لذا ثالث باید دارای اهلیت باشد. همچنین وی امین محسوب شده و باید در تشخیص مصلحت مشروط‌له بکوشد. اگر ثالث در سنجش مصلحت دچار تقصیر شود که حاصل آن ضرر مشروط‌له باشد، مسئول خواهد بود. معلومیت مشاور و قبول وی ضروری نیست اما مدت باید معلوم باشد.

اگر مشروط‌له پیش از نظرخواهی عقد را فسخ کند عمل او غیر نافذ است. با سکوت مشاور نیز حق فسخ از میان می‌رود. در صورت تعدد مشاوران یا مشروط له، نظر فاسخ مقدم است.

در شرط مؤامره دو حق به وجود می‌آید: ۱- حق خیار مشروط‌له که اجرای آن منوط به نظر ثالث است ۲- حق داوری که به صورت شرط نتیجه برای ثالث به وجود می‌آید. خیاری که برای مشروط‌له وجود می‌آید همانند سایر حقوق مالی قابلیت انتقال دارد. لذا اگر مشروط‌له فوت کند وراث او می‌توانند با ثالث مشورت کنند البته این مشورت باید به اتفاق صورت گیرد. حق داوری که برای مشاور به وجود آمده قابل اسقاط نیست و مشاور را اگر در مشاوره دارای نفعی باشد نمی‌توان عزل کرد. با فوت مشاور اگر مهلت اظهار نظر باقی باشد، می‌توان کسی را جایگزین او نمود.

منابع

ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین، ***عوالی الئالی العزیزیه***، قم: دار سیدالشهدا للنشر، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

ابن ماجه، محمد بن یزید، ***السنن***، چاپ اول، بیروت، دارالفکر للطباعه و النشر، بی‌تا.

ابن‌حمزه، محمدبن علی، ***الوسیله الی نیل الفضیله***، قم: مکتبه آیت‌اله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد، ***المغنی***، قاهره، مکتبه قاهره، چاپ اول، ۱۳۸۸ ق.

اصفهانی، محمدحسین، ***حاشیه کتاب المکاسب***، قم: انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیه، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۲.

__________، ***حقوق مدنی***، ج ۳، تهران: کتابفروشی اسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۴ .

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***المکاسب***، ج ۲، قم: مطبوعات دینی، چاپ پنجم، ۱۳۷۹.

__________________، ***المکاسب***، ج ۵، قم، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

بحرانی، یوسف ابن احمد، ***الحدائق الناضره***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

بهمن‌پوری، عبداله، محمد حسن حائری و محمد تقی فخلعی، «نقد و بررسی ادله بطلان خیار شرط در ایقاعـات»، ***نشریه فقه و حقوق اسلامی***، شماره دوم، سال ٤٦، ١٣٩٢.

ترحيني، محمد حسن، ***الزبده الفقهیه***، قم: دارالفقه للطباعه و النشر، چاپ چهارم، ١٤٢٧ ق.

جزیری، عبدالرحمن، ***الفقه علی المذاهب الاربعه***، بیروت، داراحیاءالتراث‌العربی، چاپ اول، بی‌تا.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***الفارق***، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ١٣٨٥.

ـــــــــــــــــــــــــــ، ***وسیط در ترمینولوژی حقوق***، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ١٣٨٩.

حسینی شیرازی، محمد، ***ایصال الطالب الی المکاسب***، تهران: منشورات الاعلمی، بی‌تا.

خمینی، روح‌الله، ***تحریر الوسیله***، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار، ١٣٧٩.

ـــــــــــــــــ، ***کتاب البیع***، ج ١، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

ـــــــــــــــــ، ***کتاب البیع***، ج ٤، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهاردهم، ١٤١٠ ق.

خویی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهه***، ج ٤، قم: مطبعه سیدالشهدا، چاپ سوم، ١٣٧٤.

ـــــــــــــــــ، ***مصباح الفقاهه***، ج ٦، قم، انتشارات حاجیانی، چاپ اول، ١٣٦٦.

دمر چیلی، محمد، و علی حاتمی و محسن قرائی، ***قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی***، تهـران: دادسـتان، چـاپ شانزدهم، ١٣٩١.

سیوطی، عبدالرحمن‌بن ابی‌بکر، ***الجامع الصغیر***، بیروت، دارالفکر للطباعه و النشر، چاپ اول، ١٤٠١ ق.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ***الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه***، تعلیقه کلانتر، قـم، کتابفروشـی داوری، ١٤١٠ ق.

ـــــــــــــــــــــــــــ، ***مسالک الأفهام الـی تنقـیح شـرائع الاسـلام***، قـم، تحقیـق و نشـر موسسـه‌المعارف الاسلامی، ١٣٦٩.

شهیدی، مهدی، ***حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)***، تهران: انتشارات مجد، ١٣٨٦.

ـــــــــــــــــ، ***سقوط تعهدات***، تهران: نشر حقوقدان، چاپ چهارم، ١٣٧٧.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام***، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ١٣٦٦.

صفایی، حسن و اسدالله امامی، ***مختصر حقوق خانواده***، تهران: نشر میزان، چاپ هشتم، ١٣٨٤.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ***حاشیه المکاسب***، ج ١، قم، نشر اسماعیلیان، ١٣٧٨.

ـــــــــــــــــــــــ، ***حاشیه کتاب المکاسب***، ج ٢، قم: دار المصطفی لاحیاء التراث، چاپ دوم، ١٤٢٣ ق.

طباطبایی، محمد بن علی، ***کتاب المناهل***، قم، موسسه آل البیت، چاپ اول، بی‌تا.

طباطبائي كربلايي، علي بن محمدعلي، ***رياض المسائل***، چاپ قدیم، قم موسسه آل‌البیت، بی‌تا.

طوسی، محمد بن حسن، ***التبیان فی تفسیر قرآن***، بیروت: مکتب نشر اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

ـــــــــــــــــــــــ، ***المبسوط فی فقه الامامیه***، تهران، مکتبه المرتضویه، ١٣٨٧.

عابدیان، میرحسین، ***شروط باطل و تأثیر آن در عقد***، تهران: انتشارات جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۸۷ .

عاملی غروی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه***، بیروت: دارالتراث، ۱٤۱۸ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تحریر الاحکام***، قم، دارالعلم، چاپ اول، بی‌تا.

________________، ***تذکره الفقهاء***، قم، موسسه آل البیت، چاپ اول، ۱٤۱٤ ق.

________________، ***مختلف‌الشیعه***، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱٤۱۳ ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، ***ایضاح الفوائد***، قم: موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷.

کاتوزیان، ناصر، ***حقوق خانواده***، تهران: شرکت انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۲.

__________، ***حقوق مدنی- درس‌هایی از وصیت، شفعه و ارث***، تهران نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۷.

__________، ***قواعد عمومی قراردادها***، ج ۳، تهران: شرکت انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.

__________، ***قواعد عمومی قراردادها***، ج ۵، تهران: شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷٦.

__________، ***مقدمه علم حقوق***، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷٤.

کلینی، محمد بن یعقوب، ***الکافی***، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳٦۷.

مامقانی، عبداللەبن محمد، ***نهایه المقال***، قم، بی‌نا، چاپ اول، ۱۳۵۰.

محقق داماد، مصطفی و محمود صادقی، «مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در فقه امامیه»، ***مدرس علوم انسانی***، شماره چهار، دوره ٤، ۱۳۷۹.

محقق داماد، مصطفی، ***نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران***، تهران، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ اول، ۱۳۸۸.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ***کفایه الاحکام***، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱٤۲۳ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، موسسه آل‌البیت، چاپ دوم، ۱٤۱٤ ق.

محمدی ریشهری، محمد، ***میزان الحکمه***، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱٤۰٤ ق.

محمدی، سام، «ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث»، ***فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق- مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)*** ، شماره یک، دوره ۳۹، ۱۳۸۸.

معین، محمد، ***فرهنگ فارسی*** (متوسط)، تهران انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۳.

موسسه دائره‌المعارف فقه فارسی، ***فرهنگ فقه فارسی***، انتشارات موسسه دائره‌المعارف فقه فارسی، ۱۳۸۷.

نائینی، محمد حسین، ***منیه الطالب***، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول، ۱۳۷۳.

نهرینی، فریدون، ***ماهیت و آثار فسخ قراردادها در حقوق ایران***، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۳.

وجدانی فخر، قدرت‌الله، ***الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیه***، قم، انتشارات سماءالقلم، ۱٤۲٦ ق.

هاشمی‌شاهرودی، محمود، ***معجم فقه الجواهر***، بیروت، لبنان، الغدیر للطباعه و النشر و التوزیع، ۱٤۱۷ ق.

________________، ***موسوعه الفقه الاسلامی***، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱٤۲۳ ق.